Pontificia Universidad Catolica del Peru

From the SelectedWorks of Gastón Fernández Cruz

April, 2008

Acerca de la responsabilidad social y el desarrollo económico del país: Ignorantia legis excusat, ignorantia facti non excusat

Gastón Fernández, *Pontificia Universidad Catolica del Peru*
Renzo E. Saavedra Velazco, *Pontificia Universidad Catolica del Peru*

Available at: https://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/3/

ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL PAÍS

IGNORANTIA LEGIS EXCUSAT, IGNORANTIA FACTI NON EXCUSAT

Gastón Fernández Cruz(*) y
Renzo E. Saavedra Velazco(**)

Al ocasional lector podría causarle extrañeza el título de la presente nota pues, lo cual admitimos sin reparos, ciertamente no es común iniciar las mismas enunciando máximas o principios jurídicos, inclusive podríamos manifestar que no es lo recomendable en una brevísima exposición como la que nos convoca. Empero, creemos que se debe acotar algo que los lectores con conocimiento jurídico ya deben haberse percatado: la máxima jurídica citada se encuentra *"ligeramente"* modificada. En efecto, de ordinario se nos enseña (o más bien se nos impone) que «*resulta excusable ignorar los hechos mas es inexcusable ignorar la ley*». No nos detendremos aquí en el sentido jurídico de la regla en cuestión, lo que si nos interesa es evidenciar cómo una regla exactamente inversa puede ayudarnos a explicar algunas de las movilizaciones sociales que vienen sucediéndose en diversos departamentos del Perú.

Nos parece relevante recordar algunas circunstancias o datos de los últimos años. Como se sabe, en el Perú se vivió un fortísimo proceso de *privatización* de ciertas empresas de titularidad estatal y al propio tiempo un agresivo programa de *concesión* de algunas actividades económicas que podrían ser consideradas como de interés público o, en otros casos, como de auténticos servicios públicos. Lamentablemente, la totalidad de las operaciones económicas involucradas en los aludidos proyectos y/o programas fueron ofrecidas o presentadas por el gobierno de turno bajo una misma denominación: privatización, generando una equívoca sinonimia entre participación del sector privado en aspectos públicos y privatización. En la doctrina jurídica propia del Derecho Administrativo ambos términos (*privatización y concesión*) tienen contenidos claramente diferenciables entre sí; mientras que, por un lado, rectamente entendida la noción de privatización implica la transferencia al sector privado de la iniciativa productiva y empresarial, permitiendo con ello que el Estado se fortalezca y se torne eficiente en aquellas áreas en que su actividad resulta indispensable, vale decir: educación, salud, seguridad y administración de justicia; por otro lado, el concepto de concesión se limita a otorgar a un particular un título habilitante en función al cual podrá ejercer una actividad asumiendo los gastos, riesgos y peligros que tal actividad implica. Dicha habilitación se concede solamente de manera temporal y, para el caso de los servicios públicos, se encuentra ligada al derecho de exigir y obtener de parte de los usuarios del servicio una retribución.

Teniendo en consideración lo expresado en el párrafo precedente, es sencillo observar que ambas nociones, si bien estrechamente vinculadas, no pueden ni deben ser superpuestas. Nos explicamos. Mientras que en la privatización la actividad pierde su carácter público y es transferida al ámbito privado, en la concesión la actividad aún permanece siendo pública (o en el caso en que se de en concesión bienes públicos, el bien sigue siendo de propiedad estatal pese a que se permite su explotación por parte de un particular), por lo que una vez cumplido el plazo de vigencia de la concesión, el Estado, al

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Ordinario Principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil 5: Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado del Estudio Berninzon, Loret de Mola, Benavides & Fernández Abogados.

levantarse la limitación que él mismo se impuso al otorgar la concesión, puede a su sola discreción decantarse por prestar el mismo el servicio u otorgarlo una vez más en concesión.

Luego de este prolegómeno, cabe recordar que hace unos meses atrás se publicó en el Diario Oficial *"El Peruano" la Ley No. 29164, Ley de Promoción del Desarrollo Sostenible de Servicios Turísticos en los Bienes Inmuebles, Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación*. El objeto de la ley en cuestión es establecer las condiciones que favorezcan y promocionen el desarrollo de la inversión privada para la recuperación, restauración, conservación y puesta en valor de aquellos bienes que conforman el patrimonio cultural de la nación, garantizando su desarrollo sostenible (artículo 1º). No obstante la claridad de los objetivos de la norma y de que el mecanismo jurídico que se empleará para alcanzarlos es la concesión (sobre el punto puede observarse los artículos 2º, 4º, 10º y 11º de la Ley No. 29164), los ciudadanos e incluso algunos medios de comunicación y organismos públicos y/o privados sostienen que existe una privatización del patrimonio cultural de la nación.

Como prueba de nuestra afirmación pueden consultarse las notas periodísticas de Diarios tan disímiles como El Comercio (06/02/08) y Correo –edición cusqueña– (08/02/08), la nota de la oficina de Relaciones Públicas de la Municipalidad de Cusco (07/01/08), así como el Comunicado No. 03/2008 del Colegio Profesional de Arqueólogos del Perú (24/01/08) y, por último, la Nota de Prensa No. 021 del Gobierno Regional de Cusco (24/01/08). En todos ellos se observa reiterada y sistemáticamente el empleo de la palabra privatización, pese a que, como se ha manifestado, ello no es del todo correcto.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado y del empleo no del todo pulcro que tales entidades públicas y/o privadas hacen de los conceptos, no debe esto causarnos perplejidad dada la inicial confusión creada por el propio gobierno al calificar como privatizaciones una serie de operaciones que, en estricto sentido, eran de concesión y viceversa. Si bien en el caso de las entidades públicas la preocupación debe quedar instalada, hay que aceptar que el desconocimiento de las disquisiciones teóricas entre una y otra institución (esto es, entre privatización y concesión) no es enteramente imputable a los ciudadanos y a las entidades en cuestión; incluso admitiendo que lo fuese: ¿podríamos razonablemente exigirles que estén al tanto de la diferencia entre ellas con el objeto de que no generen "molestias" a los demás miembros de la sociedad debido a su ignorancia sobre la ley? Creemos que la respuesta es por demás evidente: no podemos exigir a la población que se informe sobre aspectos legales y/o académicos, cuando el propio Estado no lo hace. Es precisamente en este sentido puntual que creemos que resulta excusable la ignorancia de la ley o, más en general, del Derecho; ello aún en contra de lo que dicta una muy antigua tradición del Derecho Civil continental, toda vez que las respuestas sociales a realidades jurídicas no necesariamente, diríamos inclusive regularmente, se producen con un conocimiento pleno de la regulación legal sobre tal o cual materia.

Luego de tal constatación deberíamos preguntarnos sobre lo que nos queda por hacer. Somos de la opinión que la respuesta a tal interrogante es casi tan sencilla en su enunciación cuanto complicada resulta su ejecución en un ámbito como el peruano: el empresario y el político deben estar conscientes de una realidad tan compleja como la peruana y por ende deben informar constantemente a la población sobre las decisiones económicas, políticas y legales que se están gestando y no solamente cuando las mismas ya son una realidad. Situaciones en las que ello no se ha respetado ya se han presentado en nuestro país: bastaría con recordar las discusiones que se suscitaron entre pobladores de Cajamarca y la empresa Minera Yanacocha en el año 2004 por su decisión de iniciar trabajos de exploración en el Cerro Quilich, ello a pesar de los constantes *"gestos"* de la empresa para con los pobladores (p. ej: pavimentación, edificación de escuelas, financiación de fiestas patronales, etc.) así como las movilizaciones efectuadas en el Departamento de Arequipa el año 2002 contra la *"privatización"* de la empresas eléctricas EGASA, EGESUR y SEAL. La dificultad de implantar las mencionadas conductas en los actores sociales puede parecer engañosa, básicamente por un doble orden de ideas: (i) la inexistencia de reglas legales que establezcan con precisión tal deber, por lo que deben enmarcarse dentro de lo que hoy se conoce como responsabilidad social de la empresa (superando con ello la eficiencia en términos de Kaldor–Hicks en la medida que también se desea la mejora de la comunidad en la que se encuentra asentada nuestra empresa); y, (ii) por la errada idea de que los gestos frente a la comunidad se ejecutan en una sola oportunidad, cuando en realidad debe procurarse vincular a los pobladores con la empresa o con la perspectiva del Estado a través de una serie de practicas sistemáticas.

Es precisamente este último punto el que evidencia la veracidad de la segunda parte de la afirmación que conforma el título de la nota: *no resulta excusable ignorar los hechos (la realidad), vale decir, los operadores económicos, políticos y sociales deben considerar esa realidad para tomar sus decisiones y para posteriormente lograr implantarlas exitosamente en una sociedad dada y en un momento específico*. Ignorar dicha situación conlleva únicamente a la generación de un conflicto o a la producción de una sensación de insatisfacción que lentamente deviene en un rechazo frente a los citados operadores, imposibilitando con ello el desarrollo.